
**O RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO RESCISÓRIA E O CONTENCIOSO
CONSTITUCIONAL NO SUPERIOR TRIBUNAL**

Nilson Naves

A qual ato judicial deve dirigir-se o recurso que leva a causa ao conhecimento da denominada instância de superposição? Aos pressupostos da ação rescisória ou aos fundamentos da sentença rescindenda?

Quem definiu, talvez de uma vez por todas, a jurisprudência do Supremo Tribunal possivelmente tenha sido Orozimbo Nonato no distante ano de 1950, quando do julgamento do RE n. 11.701. A notícia desse acontecimento é contada por Evandro Lins no julgamento do Ag n. 34.322, datado de 1965, 23 anos antes da criação do Superior Tribunal de Justiça. O julgado de Evandro está publicado na RTJ-35/212, com esta transcrição do voto de Orozimbo: “a vulneração da lei argüível é só a que incide nos extremos da ação de que se trata, não sendo curial, *data venia*, volver à matéria de ofensa da letra da lei não reconhecida na rescisória que exatamente a esta conta se teve por improcedente. Impertinente, pois, já agora, a alegação de ofensa aos arts. ..., tema que podia o Autor debater, neste Supremo Tribunal, em recurso extraordinário, que não interpôs, do acórdão rescindendo.”

Em seguida à transcrição, continuou Evandro nestes termos: “O princípio deve ser aplicado à espécie, para desprover o agravo, uma vez que, no recurso extraordinário a que se negou seguimento, nada se trouxe com respeito aos pressupostos da própria rescisória, reduzindo-

se o agravante a repisar os argumentos de vulneração de lei que nela se solveram.” E Evandro escreveu para o Ag n. 34.322 (26.10.1965) esta precisa ementa: “Recurso extraordinário. Interposto de julgado em ação rescisória, há de se conter nos pressupostos desta e não no seu próprio mérito, não sendo cabível reexaminar a decisão rescindenda. Agravo não provido.”

Nos anos setenta do século passado, essa orientação era tida e havida pelo Supremo como jurisprudência já assentada há algum tempo (entre outros, os acórdãos das RTJs-44/133, Barros Monteiro, 57/554, Djaci Falcão, 87/502, Thompson Flores, 93/643, Soares Muñoz, 93/721, Décio Miranda), e Bilac, em julgado de dezembro de 1973 publicado na RTJ-70/495, valendo-se desses precedentes, disse que eles estavam fundados “em que a apreciação das questões suscitadas na rescisória levaria o Tribunal a julgar a própria ação e, indiretamente, a sentença rescindenda”. Ora, concluiu Bilac, o recorrente “reabre, no presente recurso, a discussão acerca da matéria julgada na decisão rescindenda, o que desborda dos estreitos limites do recurso extraordinário”.

Eis trecho do voto de mais um precedente, datado de 1979, da relatoria de Rafael Mayer, em sessão plenária do Supremo (RTJ-93/910):

Com o equacionamento que oferece em seu recurso, pretende, na realidade, a Recorrente suscitar uma terceira instância, para julgar, em grau de recurso ordinário trabalhista, a ação rescisória, reexaminando a sentença que se visa rescindir, como se fosse ela que viesse à instância extraordinária.

Entretanto, o intento não alcança correspondência na concepção do recurso extraordinário, que tem por objeto a decisão de única ou última instância, nem na jurisprudência pacífica desta Corte.

Tem-se entendido que o recurso extraordinário apenas se dirige aos pressupostos da decisão na ação rescisória ‘e não aos fundamentos da decisão rescindenda, limitado o apelo extremo, por essa forma, à indagação de haver sido, com razão ou sem ela, acolhida a rescisória em caso de absoluta impertinência’ (RTJ – 44/133).

Com pertinência, à espécie, a exata colocação do eminente Ministro Djaci Falcão no julgamento do RE n. 63.036, ao dizer que...

Essa jurisprudência do Supremo referia-se à ordem constitucional precedente. O ordenamento novo, proveniente da Constituição de 1988, instalou o Superior Tribunal em 1989, e dele há acórdãos referentes a recurso especial que adotam, é verdade, as reflexões do Supremo. Em 1995, eu mesmo, na Segunda Seção, escrevi, para o REsp n. 9.837, esta ementa: “Ação rescisória fundada no art. 485-V do Cód. de Pr. Civil. Improcedência. Interposição do recurso especial. Cabimento deste. Em caso de rescisória, o recurso especial deve limitar-se aos pressupostos dessa ação, e não se dirigir ao acórdão rescindendo. Caso em que no fundo o recorrente ataca não o acórdão proferido no julgamento da rescisória mas, sim, o ato judicial cuja desconstituição está postulando. Falta de cabimento do especial, daí não ter sido o recurso conhecido” (DJ de 15.05.1995). Nessa mesma linha, há, por exemplo, de Sálvio de Figueiredo, o REsp n. 250.865, de 2003, de José Delgado, o REsp n. 448.688, de 2002, de Fernando Gonçalves, o REsp n. 447.235, de 2002, e de Gilson Dipp, o AgRg no REsp n. 611.273, de 2004, este com a seguinte ementa: “I - Esta Egrégia Corte já firmou entendimento no sentido de que o recurso especial interposto em sede de ação rescisória deve cingir-se ao exame de eventual afronta aos seus pressupostos (art. 485 do Código de Processo Civil) e, não, aos fundamentos do julgado rescindendo. II - *In casu*, consoante se depreende das próprias razões recursais, a insurgência especial está a investir não contra os vícios ocorridos no acórdão da própria rescisória, que julgou improcedente o pedido, mas contra o mérito do aresto rescindendo, o que, por si só, constitui óbice ao provimento do presente recurso. III - Agravo interno desprovido.”

Em 1998, estando presentes à sessão da 3ª Turma Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Costa Leite, julgamos, ali, o REsp n. 84.236, quando, na condição de seu Relator, lancei, na ementa do acórdão, este tópico: “Em caso de rescisória, recomenda-se que o recurso especial limite-se aos pressupostos desta ação, e não se dirija à sentença rescindenda” (DJ de 31.08.1998).

Ora, sob o aspecto formal-técnico-lógico, sobretudo processual, tal jurisprudência, vigente na denominada instância extraordinária desde 1950, se não datada até de tempos mais remotos, apresenta-se de modo irrepreensível.

Certamente, existem outros e mais outros pronunciamentos. É possível até que haja julgados noutro sentido. Ao que melhor se cuida, há sim, à vista da extensão do nosso banco de dados e da variação, vez por outra, da nossa jurisprudência.

Foi Hahnemann, em nome do Supremo, como se viu, quem sugeriu, mais de uma vez, nos idos de 1953 a 1956, que se intentasse, como preliminar necessária à interposição do extraordinário, a ação rescisória ou a revisão criminal; daí, onde se lia “quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal” (Constituição de 1946, art. 101, III, a), dever-se-ia ler “quando a decisão houver sido dada em ação rescisória ou revisão criminal de sentença argüida de contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal”.

Em 1956, a Comissão Especial de Juristas, instituída por Nereu Ramos e integrada por Carlos Medeiros (Relator), San Tiago Dantas, Gonçalves de Oliveira, Brochado da Rocha e Hermes Lima, acolhia a idéia de Hahnemann, dando-lhe, porém, esta redação: “quando for contrária a dispositivo desta Constituição ou a letra de tratado ou lei federal, a decisão proferida em ação rescisória, mandado de segurança, *habeas corpus*, ressalvado o disposto no item II, a, bem como em revisão, ou, se esta não couber, em outro processo penal.” O item II, a, cuidava do *habeas corpus* quando denegatória fosse a decisão. A proposta chegou a ir ao Congresso, inutilmente.

A proposta Hahnemann não é do meu agrado. Pretendo não esmiuçá-la mais. Abordei-a porque pessoalmente creio que as coisas que fui alinhavando reforçavam a reflexão de que, em caso de rescisória – expediente de impugnação que há de receber exegese estrita –, o recurso especial há de se limitar aos pressupostos dessa ação.

Decerto há controvérsia. Sim, há, e várias. Andei pesando os prós e os contras. Uma das minhas preocupações é de ordem institucional, tem a ver com o papel do Superior no cenário nacional, Tribunal a que foram cometidos pelos constituintes poderes e competências de tal modo que, no plano infraconstitucional, pudesse de tudo, sem maiores entraves de ordem processual, a fim de que prevaleça, sempre e sempre, o melhor direito. Sei lá se não estaria eu, com a minha posição, digamos, limitativa, fechando algumas das janelas do Superior. Será que não estaríamos

impedindo, por exemplo, o Superior de efetuar correções se e quando necessárias? Afastei a preocupação ao entendimento de que, em casos assim, quem vacila é a parte, deixando de recorrer adequadamente, no momento próprio, quando dispõe de prazos e de recursos. Pergunto mais: não se estaria aqui quebrando a igualdade das partes no processo (porque se estaria abrindo prazos e permitindo recursos após feita a coisa julgada)? Igualdade que cumpre ser preservada à vista da composição dialética do próprio processo. Ainda pergunto: não se estaria também velando pela rápida solução dos litígios? Tratando-se de meio de impugnação excepcional, e tal é a rescisória, recomenda-se exegese estrita.

Surge o seguinte imbróglio. Suponhamos uma sentença fundada exclusivamente em normas constitucionais cuja ação rescisória, obviamente fundada em idênticas normas, é julgada improcedente, donde a interposição dos recursos especial e extraordinário. Teria o recurso especial cabimento, ainda que nele se invocasse a violação do art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil? No julgamento do especial, o Superior, se cabível o recurso, isto é, desde que ultrapassada a preliminar de conhecimento, terá de examinar a matéria constitucional; então, poderá fazê-lo se, em princípio, não lhe assiste, no julgamento do recurso, o contencioso constitucional? E o Supremo poderá julgar o extraordinário. Para julgá-lo, o Supremo terá, preliminarmente, de verificar se ofendido o art. 485, V, mas ele não tem o contencioso infraconstitucional. Digamos que o Superior julgue o recurso especial. Com isso, estará abrindo campo ao recurso extraordinário. Sucede que o recurso extraordinário irá cuidar dos fundamentos da sentença rescindenda – fundamentos de ordem constitucional –, mas deles o Supremo não poderá cuidar, de acordo com a sua antiga jurisprudência...

Escreveu Teori Zavascki (“Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional”, RT, p. 139):

Se tal entendimento [o de que o recurso de índole extraordinária deve se endereçar aos pressupostos da ação rescisória] não produzia maior consequência no regime constitucional anterior, quando o Supremo era a instância extraordinária competente também para recursos por ofensa à lei – o que lhe permitia, ainda que por via transversa ou indireta, exercer o controle da matéria constitucional – ele, atualmente, tem resultado desastroso e inconstitucional:

impede o Supremo Tribunal Federal de manifestar-se sobre a matéria constitucional debatida como tema central nas ações rescisórias. O atendimento ou não dos pressupostos da rescisória, previstos no ordenamento infraconstitucional (art. 485 do CPC), ensejaria, assim, recurso especial fundado no art. 105, III, a, da Constituição. Mesmo em matéria constitucional, seria o STJ o tribunal que, a pretexto de fazer juízo sobre a aplicação do inc. V do art. 485 do CPC, decidiria sobre a configuração ou não, na hipótese de violação literal de preceito constitucional. Em suma, afirmada a tese de que o recurso deve dirigir seu foco aos pressupostos da ação, e jamais aos fundamentos adotados no julgado rescindendo, a consequência necessária é a de que, havendo ação rescisória, será do Superior Tribunal de Justiça, e não do Supremo Tribunal Federal, a palavra definitiva sobre a existência ou não de violação da Constituição. A única e rara exceção seria a de rescisória de competência originária do próprio STF. Nesse contexto, seriam imunes ao controle da Corte Suprema até mesmo as decisões do STJ e de qualquer outro tribunal que, em rescisória, negassem ter havido violação da Carta Magna por parte da sentença manifestamente contrária à jurisprudência do Tribunal guardião da Constituição.

São estas as conclusões do excelso processualista:

Para obviar consequências assim tão desajustadas do sistema, é indispensável que se revise a orientação hoje predominante, passando-se a admitir recurso extraordinário sobre a matéria constitucional tratada no julgado rescindendo...

.....
... será admissível ação rescisória em matéria constitucional, sem os empecilhos da Súmula n. 343; porém, o acórdão que lhe julgar o mérito, afirmando a existência ou inexistência de violação à Constituição, estará sujeito a controle pela Suprema Corte, mediante recurso extraordinário (CF, art. 102, III).

Com a vênua devida, não creio estejamos diante de consequências desajustadas do sistema. A compreensão que tenho dos acontecimentos de que estamos cuidando é a de que a causa haveria mesmo de ir ao Superior Tribunal, e por duas ordens de idéias: primeiro, porque o recurso especial



foi interposto sob a alegação de ofensa a texto infraconstitucional – art. 485, V, do Cód. de Pr. Civil; segundo, porque, nesse caso, o Superior Tribunal, evidentemente, tem o contencioso constitucional, tem-no quer para rescindir a sentença – *iudicium rescindens*, quer para julgar novamente a causa – *iudicium rescissorium*.

A questão que novamente nos é imposta gira em torno do papel que o Superior Tribunal desempenha diante de questões constitucionais. No ano de 2001, escrevi para o REsp n. 215.881, porque dele me tornara Relator, a seguinte ementa (em incidente de declaração de inconstitucionalidade):

Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.
2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.
3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltarão cabimento.
4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.
5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).
6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.
7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.
8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que

interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, *também*, de declaração de inconstitucionalidade em tese.

9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos.

Com essas considerações, cheguei às seguintes conclusões:

(I) É do Superior toda a jurisdição infraconstitucional (direito ordinário), salvo hipóteses que dizem respeito a determinados membros de Poder, como o Presidente da República (Constituição, art. 102, I, b e d).

(II) No exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também dispõe do contencioso constitucional. Por certo, é-lhe lícito o modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade. Sua palavra não é final; em tese, sempre haverá o recurso extraordinário.

(III) No exercício da competência prevista no inciso III do art. 105, amplamente o Superior dispõe do contencioso infraconstitucional. Em princípio, não tem o contencioso constitucional. Te-lo-á em uma ou duas hipóteses, podendo fazer, incidente e previamente, declaração de inconstitucionalidade. Não, se em benefício da parte recorrente. Um dos poucos casos em que o Superior Tribunal desfruta do contencioso constitucional quando exercita a competência que lhe é concedida pelo inciso III do art. 105 da Constituição é o do recurso cujo foco se dirige aos pressupostos da ação, como deve ser, e não aos fundamentos adotados no julgado rescindendo; a consequência necessária é a de que, havendo ação rescisória, será do Superior Tribunal – e não do Supremo Tribunal – a palavra definitiva sobre a existência ou não de violação da Constituição.

(IV) É do Supremo a jurisdição constitucional. É o Tribunal da Constituição, órgão mais de natureza política – Corte de Justiça política. Do Supremo esperar-se-ia, como alhures se esperou, se substituísse ao poder moderador. Melhor ficaria se transformado em Corte Constitucional exclusivamente.

(V) Para zelar pela guarda da Constituição, todos os instrumentos são úteis, necessários e legítimos ao Supremo. Ao lado do modelo difuso-



incidental, compete-lhe, e somente a ele, o modelo concentrado-abstrato de controle de constitucionalidade.

(VI) não é útil nem conveniente ao Supremo – nem legítimo fazê-lo – entrar na matéria infraconstitucional, cuja jurisdição pertence ao Superior. Significa que é vedado o conhecimento do extraordinário a pretexto de ofensa à Constituição e, em seguida, o desfecho da causa fundado no direito infraconstitucional (provimento). De acordo com o sistema vigente, apenas o Superior tem autorização constitucional, mediante o recurso especial, para decidir as causas aplicando-lhes o direito ordinário.

(VII) As decisões do Superior, tratando-se de matéria infraconstitucional, hão de ser finais, irrecorríveis, com autoridade de coisa julgada, tanto como já o são as oriundas de recurso especial e quanto haverão de sê-lo as provenientes do exercício das competências originária e ordinária.